

# ENSAYO

## EL DELITO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS Y COHECHO EN EL CODIGO PENAL PERUANO

---

Iván Vladimir Melgar Cáceres<sup>1</sup>

### RESUMEN

*La corrupción es un mal que aqueja a diferentes países del mundo, pero de manera especial y con mucho mayor vigor, al Perú. Las razones y motivos de su origen y favorecimiento de este fenómeno son muchos y de diversa índole como la falta de formación en valores en el seno de la familia; en los centros de educación no se fortalece los valores sino las ciencias; la falta de políticas integrales de prevención; la falta de eficacia de los operadores jurídicos en la lucha anticorrupción y el aumento del narcotráfico y del lavado de activos en nuestro país. Lo cierto es que los efectos de la corrupción son devastadores sobre todo para los menos favorecidos, por lo que es necesaria una respuesta por parte del Estado para combatirla. Una de las formas de combatir este fenómeno es a través del derecho penal, creando leyes penales que repriman actos de corrupción. Dentro de ese sistema normativo penal destinado a combatir este tipo de actos se encuentra el delito de Cohecho, el cuál será motivo de análisis en el presente ensayo.*

### ABSTRACT

*Corruption is an evil that afflicts different countries of the world, but especially with much greater vigor, to Peru. The reasons and motives of their origin and encouragement of this phenomenon are many and diverse. The truth is that the effects of corruption are devastating especially for the disadvantaged, so a response by the State to combat it is needed. One way to combat this phenomenon is through criminal law, creating legislation outlawing criminal acts of corruption. Within this criminal regulatory system to combat such acts is the crime of bribery, which will be the subject of analysis in this essay.*

### PALABRAS CLAVES

*Cohecho, bien jurídico, legislación anticorrupción, autoría y participación, delitos especiales, delitos de infracción de deber.*

### KEY WORDS

*Bribery, legally, anti-corruption legislation, responsibility and participation, special crimes, crimes of breach of duty.*

Fecha de recepción de originales: 06 de Febrero de 2017.

Fecha de aceptación de originales: 27 de Febrero de 2017.

---

<sup>1</sup> Magister en derecho Civil y Comercial – Fiscal Adjunto Superior Penal de Lima, designado en la Primera Fiscalía Superior Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

el Derecho, entendiéndose a este como un sistema normativo regulativo de conductas humanas.»<sup>5</sup>

¿Por qué este fenómeno tan perjudicial para el correcto desarrollo de los países no ha sido erradicado a pesar de que su existencia es tan antigua como el hombre? Sin duda alguna, muchos son los factores que influyen y determinan que esta desviación de ciertos parámetros de comportamientos y que no son motivo de exposición en el presente artículo. Lo que sí es importante mencionar es que, desde una perspectiva criminológica, la corrupción responde a factores criminógenos particulares y que comúnmente los delitos de corrupción que se comenten contra la Administración pública sean catalogados como «delitos de cuello blanco».

Los esfuerzos en el Perú para detener la criminalidad relacionada a la corrupción parecieran ser escasos<sup>6</sup>. Esfuerzos que no solo hay aquí en nuestro país sino también a nivel internacional puesto que, como ya se mencionó, este es un problema global o si se quiera llamar, mundial.

En ese orden de ideas, tenemos la Convención Interamericana contra la Corrupción, que posee una serie de artículos (XVIII en total) que han sido suscritos por el Perú con fecha 29 de marzo de 1996, y aprobada con fecha 05 de marzo de 1997, posteriormente ratificada el 21 de marzo de 1997, respectivamente, pasando a constituir ley interna al cumplirse con lo señalado por el Art.

XXV de la Convención en cuanto a que «la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado instrumento de ratificación».

Ahora bien, se ha podido apreciar en nuestra realidad que la tendencia a la hora de combatir la corrupción es la de recurrir al sistema jurídico-penal para combatirla, en desmedro de los demás mecanismos de control. No cabe duda que la regulación de estándares de conducta para evitar conflicto de intereses, la regulación en materia de faltas administrativas, la regulación en materia de delitos y corrupción y de los procedimientos para el reporte de conductas indebidas, faltas y delitos, incluyendo protección de denunciantes, constituyen unas de las formas de combatir este fenómeno, sin embargo, no se agote en él.

De nada sirve agravar las penas en los delitos de corrupción si no existe un sistema eficaz para atacar la corrupción, como la falta de peritos suficientes para combatir la corrupción, la falta de presupuesto para proteger a los testigos reservados, colaboradores eficaces, falta de una política internacional de financiamiento y de protección de colaboradores y testigos con claves reservadas, tampoco de nada va servir agravar las penas sino existen suficientes fiscales y asistentes de función fiscal para atacar realizar una investigación efectiva; de la misma forma sino se realizar un trabajo de prevención en los colegios como implementando cursos de éticas tanto en los

5 Idem., pág. 269. Por otro lado, los estudiosos de esta ciencia históricamente siempre han relacionado la ciencia política con el poder. Por ejemplo, Max Weber indica que «los que actúan en política luchan por el poder, bien para servir otros fines, ideales o egoístas, o bien como poder por el poder, es decir, para disfrutar de la sensación que proporciona el poder.», véase WEBER, Max.  
«La política como vocación», en Ensayos de sociología contemporánea, edit. Martínez Roca, Barcelona, 1972, pág. 97-98. En el mismo sentido Robert Dahl, para quien «un sistema político es cualquier modelo persistente de relación humana que engloba, en un significado extenso, el poder, la regla y la autoridad.» Véase, DAHL, Robert, «Modern Political Analysis», Foundations of Modern Political Science, Series, 1965, pág. 6.  
Desde un punto de vista diferente y alejado del concepto del poder Pablo Lucas Verdú, para quien la «política es la actividad humana fundada en intereses justificados ideológicamente, que pretende conseguir objetivos valederos para toda la comunidad, mediante el ejercicio del poder público organizado y el flujo sobre él» en LUCAS VERDÚ, Pablo. «Principios de ciencia política», Tecnos, Madrid, 1973, T.II., pág. 178.

6 Hay consenso en que la década de los 90 constituye la época en la cual la corrupción alcanzó su punto más álgido en el Perú. En dicha década, bautizada también como «la década de la corrupción», se vivió este fenómeno perjudicial de manera intensa. No se trataba de casos individuales de corrupción ni tampoco de corrupción de ciertas instituciones, sino más bien de un sistema de corrupción organizado desde el centro mismo del poder del Estado. Según la Iniciativa Nacional Anticorrupción (INA), el costo de corrupción en el Perú en dicha década habría alcanzado 1,800 millones de dólares, más allá grave moral que ocasionó para nuestra población, véase INA, un Perú sin corrupción. Condiciones, lineamientos y recomendaciones para la lucha contra la corrupción, Ministerio de Justicia, Lima, julio del 2011.

el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

La **CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN** es otro instrumento internacional que se aúna a los esfuerzos por combatir este fenómeno tan perjudicial para la sociedad. Esta fue suscrita el 10 de diciembre del 2003, aprobada mediante Resolución Legislativa N° 28357 el 30 de septiembre del 2004, promulgada el 05 de octubre de 2004 y ratificada mediante Decreto Supremo N° 075-2004-RE, del 19 de octubre del 2004. De acuerdo al artículo 1 de este instrumento internacional, su finalidad es:

- a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
- b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;
- c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

A fin de combatir el fenómeno de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, se adopta la **CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES**, la cual toma en cuenta la

Recomendación Revisada para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) el 23 de mayo de 1997.

También la **DECLARACION ANTICORRUPCION – 2012 (APEC): LUCHANDO CONTRA LA CORRUPCION Y ASEGURANDO LA TRANSPARENCIA**, la cual es una declaración de los 20 líderes del APEC en la cual subrayan su compromiso de investigar y enjuiciar los delitos de corrupción de acuerdo con la legislación nacional, y de evitar que los titulares corruptos de cargos públicos tengan acceso a los ingresos procedentes de sus actividades delictivas en sus sistemas financieros.

## 2. EL DELITO DE COHECHO

### 2.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN DELITO DE COHECHO PASIVO

Para la correcta interpretación, estos es, desentrañar el alcance y significado de un delito es menester definir antes el bien jurídico que se encuentra protegido en el tipo penal<sup>7</sup>.

En el derecho comparado, específicamente el legislación penal española, el maestro MIR PUIG, comentando el delito de cohecho pasivo propio y el bien jurídico protegido es categórica en afirmar que: «Así, se dice, que en el delito de cohecho propio se

7 Esto trae como consecuencia que la interpretación y aplicación de una norma penal debe girar en torno al bien jurídico protegido por ella. La aplicación de la ley penal no debe limitarse a la verificación de un mero «formal deber» de no cometer la acción descrita en el supuesto de hecho del tipo penal, sino más bien, la aplicación de la misma implica observar las consideraciones normativas y axiológicas que contiene. Toda norma penal posee una conducta de comportamiento ético social en sus entrañas, constituye el soporte material de la misma. Pero este soporte material se encuentra contenido de manera implícita en ella, a diferencia de la norma moral: Mientras que en la norma moral este soporte se enuncia como un debe ser explícito (no matarás, ayudarás al prójimo), en la norma penal, esta se enuncia en una forma coherente con la amenaza de la aplicación del poder estatal a través del castigo. En sentido, José Antonio Buteler indica que «Este interés elevado a la categoría de relevante para amenazar, y en si caso realizar el castigo penal, expresado como bien jurídico, constituye un principio inmanente a la sistemática de estructuración de la ley penal, que se manifiesta, con mayor o menor intensidad, de diferentes maneras; véase BUTELER, José Antonio. Garantías y bien jurídico, en Teorías Actuales en el Derecho Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 406-407. Por lo tanto, la tipicidad no significa solamente la exacta correspondencia entre la conducta y la descripción abstracta del tipo, sino que a ello debe adicionársele, como segundo elemento de la tipicidad, la afectación del bien jurídico protegido (Cfr. Fernández, G. Bien jurídico y sistema penal, en Teorías Actuales en el Derecho Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 425.

tipos penales, pero su contenido de injusto está definido completamente por uno sólo de dichos tipos penales<sup>14</sup>.

Ahora bien, por la redacción del tipo penal del delito de cohecho pasivo y el de concusión es que se originan ciertas confusiones en cuanto a si determinado acto delictivo se encuadra dentro de uno u otro delito. Sin embargo, hay diferencias que delimitan la comisión de uno u otro delito, las cuales procederemos a explicar:

- a.- En el delito de cohecho existe un acuerdo previo, un concierto entre el funcionario o servidor público y el extraneus o tercero. En el delito de concusión, no existe un acuerdo entre el funcionario o servidor público con el tercero para dar o prometer un bien o beneficio patrimonial, aquí el tercero actúa obligado o inducido por el funcionario o servidor público.
- b.- En el delito de cohecho tanto el corrompido y el corruptor cometen delitos, tal es así que el funcionario consumaría el delito de cohecho pasivo propio, y el tercero cohecho activo. Al respecto existe un acuerdo plenario que refuerza esta posición N° 01-2005/ESV-22, que señala «...El delito de corrupción de funcionarios, previsto en el artículo 393 del Código Penal, tiene como verbo rector, entre otros, el término «aceptar», el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor

público, por el comportamiento del que se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario...» . Sin embargo en el delito de concusión solo comete delito el funcionario o servidor público que abusa de su cargo obligando o induciendo a otra persona a dar o prometer un bien o beneficio patrimonial, el obligado es la víctima o agraviado físico.

- c.- En el delito de cohecho el funcionario o servidor Público a consecuencia del donativo u otra ventaja, va realizar u omitir un acto, ya sea en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas. En el delito de concusión, el funcionario o servidor público no hace o deja de hacer algo que implique sus obligaciones.

Por último, es importante traer a colación la apreciación de JAMES REATEGUI, el cual se refiere a la conexión entre ambos delitos de la siguiente manera: «Históricamente el cohecho tenía su origen, según Soler, en los abusos de ciertos funcionarios, especialmente de los que gobernaban en lugares alejados, y sobre todo la dificultad de la prueba de un acto concreto de corrupción, determinaron que por una acción genérica, dirigida contra el enriquecimiento, pudiera pedirse tanto lo que el funcionario había logrado por venta de un acto de autoridad, como lo que hubiese logrado por vía extorsiva. Por eso se entendía que existían puntos de conexión entre el delito de cohecho y la concusión. Actualmente, estas figuras típicas son necesariamente autónomas, no obstante que responden a la protección de un mismo bien jurídico-penal institucionalizado (...).»<sup>15</sup>

14 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. «Derecho Penal parte general». Grijley, Lima, 2013, pág. 711.

15 REATEGUI SÁNCHEZ, J. «Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal», Juristas editores, Lima, 2015, pág. 607.

«impropios» y «propios». A decir de ABANTO VASQUEZ, señala que «en los delitos especiales «impropios» – según la definición tradicional-, la cualidad solamente equivale a un elemento adicional que agrava (o eventualmente atenúa), el injusto ya existente en un delito común, de tal manera que si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común; p. ej. La «concusión» (art. 382), según la modalidad, en relación con los delitos de «coacciones» (art. 151) o la «estafa» (art. 196); el «peculado» (art. 387), en relación con el «hurto» (art. 185) o la «apropiación ilícita» (art. 190). En cambio, en los delitos especiales «propios», la cualidad del autor fundamenta el injusto penal; por lo tanto, no existe un tipo penal común similar que pueda aplicarse al sujeto en el caso de que este no reuniera la cualidad exigida en el tipo especial. P. ej. Son delitos especiales propios el «abuso de autoridad» (art. 376), la «malversación de fondos» (art. 389), el «cohecho pasivo» (art. 393), el «enriquecimiento ilícito» (art. 401), el «prevaricato» (art. 418)»<sup>20</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar después de todo lo expuesto que, en primer lugar, los delitos pueden ser clasificados en delitos comunes y especiales conforme a si el tipo penal requiere una cualificación especial en el sujeto activo de delito para su configuración; además, los delitos especiales puede ser subdivididos a su vez en delitos especiales propios – que poseen un tipo penal base al cual puede ser reconducido si el agente no posee la cualidad especial requerida – y delitos especiales impropios, aquellos en los cuales aquella

cualificación fundamentan dicho injusto, y que, los delitos contra la administración pública hay un grupo de delitos especiales en los cuales se exige que el sujeto activo posea una cualidad especial, la cual es ser funcionario o servidor público, contenido a revisar en el artículo 425 del Código penal a fin de conocer quienes, desde un punto de vista jurídico-penal, lo son. Asimismo, aquel grupo de delitos especiales lo encontramos dentro de los artículos 376 al 401 en el Código penal.<sup>21</sup>, **los cuales comprende los siguientes delitos:**

#### 4.3. El estatus especial de Funcionario público

En los delitos contra la administración pública, hay un consenso mayoritario en el sentido de que el bien jurídico protegido es el correcto desenvolvimiento de la administración pública –esto independientemente de que en el tipo penal de cada de uno de estos delitos se encuentre protegido un bien jurídico en específico-. Por otro lado, nuestro Código Penal permite distinguir tres grandes grupos con respecto a los delitos contra la administración pública:

- Delitos contra la administración pública cometidos mayoritariamente por sujetos comunes.
- Delitos contra la administración pública cometidos mayoritariamente por funcionarios públicos.
- Delitos contra la administración de justicia, en los cuales van a resultar implicados tanto funcionarios como particulares.

20 Ibidem, pág. 378-379.

21 Contiene los siguientes delitos: Abuso de autoridad (art. 376), Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios (art. 376-A), Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles (art. 376-B), Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales (art. 377), Denegación o deficiente apoyo policial (art. 378), Requerimiento indebido de la fuerza pública (art. 379), Abandono de cargo (art. 380), Nombramiento o aceptación ilegal (art. 381), Concusión (art. 382), Cobro indebido (art. 383), Colusión simple y agravada (art. 384), Patrocinio ilegal (art. 385), Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares (art. 386), Peculado doloso y culposo (art. 387), Peculado de uso (art. 388), Malversación (art. 389), Retardo injustificado de pago (art. 390), Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia (art. 391), Cohecho pasivo propio (art. 393), Soborno internacional pasivo (art. 393-A), Cohecho pasivo impropio (art. 394), Cohecho pasivo específico (art. 395), Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (art. 396), Cohecho activo genérico (art. 397), Cohecho activo transnacional (art. 397-A), Cohecho activo específico (art. 398), Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (art. 399), Tráfico de influencias (art. 400), Enriquecimiento ilícito (art. 401).

teoría, indica que lo determinante para determinar la autoría y participación delictiva en los delitos especiales es la lesión del deber que tiene aquél sujeto especial.

En resumen existen dos posibilidades para llevar a cabo la delimitación de la autoría y la participación en los delitos especiales: emplear –como se hace en los delitos comunes – la teoría del «dominio del hecho», o recurrir a la nueva teoría de la «infracción del deber»<sup>23</sup>.

La teoría de la infracción del deber ha sido desarrollada principalmente por CLAUS ROXIN, sin embargo, esta sería complementada por GUNTER JAKOBS. A continuación, expondremos la concepción de ambos juristas en torno a esta teoría.

a) La teoría de la infracción del deber en Claus Roxin.

SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES<sup>24</sup> nos indica su plausible monografía que Roxin, en el ámbito de la autoría y participación, define al autor del hecho punible como «la figura central del suceso acaecido». Pero para él, la investigación de quien haya de ser considerado esa «figura central» del ilícito no se lleva a cabo en todos los delitos, ni de igual manera, ni de la mano de los mismos criterios. Muy por el contrario, hay que diferenciar principalmente dos tipos de delitos.

En primer lugar aquellos delitos –y éstos serían mayoría-, en los que el legislador ha descrito el comportamiento típico de forma tan precisa como le ha sido posible. En ellos es autor quien domina el hecho descrito en el tipo; en otras palabras, aquel que es señor de un suceso delimitado en sus contornos mediante la descripción del delito de la parte especial del Código Penal correspondiente. Por lo tanto, el punto de referencia para la determinación de la relación de dominio es, pues, la descripción del tipo penal. Roxin ha

llamado a estos delitos como delitos de dominio de hecho.

Ahora bien, también nos indica que el criterio del dominio de hecho no es un «principio universal» para determinar la figura central del suceso, ni, por tanto, la autoría, al menos en aquellos supuestos en los que el legislador ha formulado respecto del autor cualificaciones especiales. Antes bien, respecto de algunos tipos penales, el legislador no atiende a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial. Para estos tipos, que Roxin ha denominado delitos de infracción del deber, el dominio del hecho es irrelevante<sup>25</sup>.

¿Qué consecuencias se derivan de esta clasificación? SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES<sup>26</sup> nos indica que a partir de esta clasificación esbozada por Roxin en delitos de dominio y delitos de infracción del deber se derivan dos importantes consecuencias.

En cuanto a la participación delictiva, Roxin sostiene que en los delitos de infracción del deber, lo relevante para la descripción típica del delito no es –como en los delitos de dominio – la naturaleza externa del comportamiento sino la lesión del deber extrapenal, y que participe de aquel delito deberá ser aquel que coopera en la realización del tipo en alguna manera pero sin lesionar el deber especial extrapenal que fundamenta la autoría.

En cuanto a la omisión, Roxin equipara la acción y omisión en el delito de infracción del deber, por lo que, sería desde todo punto irrelevante si la lesión se produce por acción o por omisión. Así, por ejemplo, explica Roxin, que el funcionario público encargado de la custodia de un preso le ayude a fugarse incumpliendo su deber funcional mediante

23 ABANTO VASQUEZ, M., op.cit., pág. 380

24 SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, J. Delito de infracción de deber y participación delictiva, Marcial Pons, Madrid, 2002. Pág. 27

25 Ídem. Pág. 29

26 Ídem. Pág. 31

dominio del hecho, de la organización, cae por su propio peso la diferencia entre autoría y participación; antes bien, todo obligado especial que quebrante el deber será autor.

En cuanto a la omisión, Jakobs llega a la misma conclusión que Roxin: en los delitos de infracción de deber existe una equiparación entre la lesión del deber por acción, y aquella otra por omisión. En el delito de infracción de deber, la relación entre autor y bien jurídico no se establece mediante el comportamiento delictivo –como en el delito de organización– sino que ya existía con anterioridad a éste y, por ello, es indiferente que el autor actúe u omita, sino sólo si cumple o no con su deber.

Ahora bien, teniendo en cuenta estos criterios, consideramos que la teoría de la infracción del deber se erige como mejor criterio a la hora de determinar la participación delictiva de los intervinientes en los delitos contra la administración pública (tanto extraneus como intraneus) por los siguientes motivos:

- Como se ha dicho, en los delitos contra la administración pública se requiere de un estatus especial para su configuración, por lo que, ante un hecho delictivo, aplicando la teoría expuesta, autor será siempre aquel que ostente esta calidad, evitando el tedioso problema de separar la participación delictiva de acuerdo a criterios del dominio del hecho.
- Asimismo, se estaría reconociendo lo que realmente sucede en la realidad social, el cual es que, en nuestra sociedad, hay ciertas personas que en razón de la asunción de un cargo público, asumen, ya sea tácita o expresamente, ciertos deberes institucionales por lo que se les exige ir más allá del mandato genérico de no lesionar ningún bien jurídico, sino también fomentarlo y asegurarlo.

4.4.2. El tratamiento del extraneus en el delito de Cohecho a partir de la reciente Casación N° 782-2015 Del Santa.

El tratamiento del extraneus en los delitos contra la administración pública no es uniforme en los delitos contra la Administración Pública.

FIDEL ROJAS VARGAS nos indica que el extraneus es aquella persona que mediante aportes de contribución al delito cometido por el intraneus u obligado especial (en el delito de infracción de deber) no puede en ningún caso ser autor o coautor de dicho delito especial.

«Así, un delito de peculado, quien ayuda al funcionario –vinculado funcionalmente con el patrimonio público– a que éste se apropie efectivamente o en tentativa de caudales o efectos. En el cohecho, el intermediario que vincula el donativo (otorgado por el interesado) con el acto de función (a cargo del funcionario público), entre otras cosas.»<sup>29</sup>

Lo cierto es que para el caso del delito de Cohecho, el tratamiento del extraneus no presenta mayores problemas como si lo es a diferencia de otros delitos contra la Administración pública. Lo antes mencionado se debe a que se ha previsto el delito de cohecho activo, cuyo tenor literal indica lo siguiente:

**«Artículo 397. Cohecho activo genérico**

*El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

*El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.»*

No obstante, en el caso del intermediario,

29 ROJAS VARGAS, F. Ob.cit, pág. 194.

que a fin de ser justos con el tratamiento del extraneus para esta clase de delitos, este debe favorecerse con menos pena debido a que no ha infringido ningún deber institucional por no hallarse cualificado ni ha lesionado ningún deber institucional.

No obstante, la Casación N° 782-2015 Del Santa emitida con fecha seis de Julio de dos mil dieciséis por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica acoge un criterio y sentido diferente. En su acápite 10 señala lo siguiente:

10. *«El artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.»*

Como se aprecia fácilmente, esta cita extraída de la casación sub examine hace referencia a la tesis de la ruptura del título de imputación, tesis sobre la cual ya se ha hondado anteriormente además de sus inconvenientes político-criminales que plantea. Volvemos a recalcar que esta teoría llega a conclusiones más o menos satisfactorias y hasta cierto punto defendible cuando se trata de delitos especiales impropios, esto es, delitos donde la cualificación especial es solo un agravante para un delito común

preexistente. No obstante, el límite y el comienzo de una serie de incongruencias comienzan cuando se quiere aplicar la misma solución a los delitos especiales propios, es decir, delitos donde no hay delito común subyacente y que por lo tanto, los actos de colaboración del extraneus tendrían que quedar impune.

Asimismo, esta Casación direcciona en sentido contrario al ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116 de fecha seis de diciembre del dos mil once, la cual en su acápite n° 11, en referencia a los delitos de infracción de deber, indica lo siguiente:

*«11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del «extraneus» que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del «extraneus» (...).»*

En conclusión, somos de la idea que la tesis correcta a aplicarse en estos casos de agentes no cualificados en la comisión de delitos de infracción de deber debe ser la unidad de título de imputación. La conclusión a la que llega la Casación N° 782-2015 Del Santa a través de la interpretación del artículo 26 del Código penal bajo la tesis de la ruptura del título de imputación genera una puerta abierta para que se promuevan más actos de corrupción bajo el mismo *modus operandi* de utilizar personas no cualificadas para la comisión de delitos donde se comprometan el correcto desarrollo y desenvolvimiento de la Administración pública.

- Administración Pública*», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.) y Fermín Morales Prats (coord.), Comentarios a la Parte Especial del Código Penal, 6ª edición, Aranzadi, Elcano, 2011.
10. LUCAS VERDÚ, Pablo. «Principios de ciencia política», Tecnos, Madrid, 1973, T.II
  11. REATEGUI SÁNCHEZ, J. «Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal», Juristas editores, Lima, 2015
  12. ROJAS VARGAS, Fidel. «Delitos contra la Administración pública.» Grijley, Lima, 2007
  13. ROBLES PLANAS, R., La participación en el delito: fundamento y límites, Marcial Pons, Barcelona, 2003.
  14. ROXIN, C., Derecho penal. Parte general, t. I, 1ª reimp., Civitas, Madrid, 2000.
  15. ROXIN, C. Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Editorial Pannedille. Buenos Aires. 1970.
  16. SALINAS SICCHA, Ramiro. «Delitos contra la Administración pública.» Grijley, Lima, 2014
  17. SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, J. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002
  18. SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J. «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos», en La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2001.
  19. TORÍO LÓPEZ, A. «Delitos contra la Administración Pública. Indicaciones críticas generales», en Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor de Javier Piña y Palacios, pp. 423 a 434, Coordinadores Luis de la Barreda Solórzano y Zulita Fellini Gandulfo, Ed. Porrúa, México, 1985.
  20. VASQUEZ, Roberto. «La múltiple intervención delictiva». Revista Jurídica LA LEY 1999
  21. VIZUETA FERNÁNDEZ, J. «Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho». Ed. Comares. Granada, 2003.
  22. WEBER, Max. «La política como vocación», en Ensayos de sociología contemporánea, edit. Martínez Roca, Barcelona, 1972.
  23. WELZEL, Hans. Derecho Penal, Parte General, traducción de Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As.1956